Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

diejenige Partei gehört werden müſſe, welche nicht zum Eide zugelaſſen werde: ſo kann dieſe Behauptung gewiß nicht — wie er meint — aus der Natur des Notheides als eines Beweismittels gerechtfertigt werden; ſondern gerade dieſer Geſichtspunkt führt wohl richtiger zur entgegengeſetzten Entſcheidung jener Frage, indem im Zweifel diejenige Partei, welcher der Richter ohnehin durch das Auferlegen des Notheides das Vertrauen ſchenkt, ſeine richterliche Ueberzeugung von ihrem Abſchwören oder Nichtſchwören abhängig zu machen, gewiß auch um ſo mehr das Vertrauen in Anſpruch nehmen kann, daß ſie die tauglichſten, der Sache kundigſten Perſonen zum Eide vorſchlagen werde. Hiermit ſtimmt denn auch die C. G. O. von 1555 Thl. II. Tit. 10. §. 1. überein, indem dieſelbe dem Gegner der „Commun", welche ein purgatorium ableiſten ſoll, geſtattet, noch „etlich beſonders verdächtige Perſonen des Raths" zu benennen, welche dann zum Schwören noch zugezogen werden ſollen. Was aber vorausſetzt, daß die „Commun" zuerſt ſchon andere Perſonen ernannt habe.

III.

Ueber die römiſch rechtliche Auffaſſung der compensatio.

Von

Herrn Dr. **Aug. Otto Krug,**
Kgl. ſächſ. Appellationsrathe.

Die äußere Veranlaſſung, welche mich nochmals auf die Lehre von der compensatio zurückführt, liegt in der in dieſem Archive Bd. XXIII. S. 301 ff. abgedruckten Abhandlung von Tellkampf, über das Erforderniß der Liquidität bei der Compenſation. Dieſe Abhandlung mußte mich leb-

haft an meine frühere Bearbeitung dieser Lehre (Leipzig 1833 bei Vogel) erinnern, weil Herr Tellkampf derselben die Ehre angethan hat, eine ganze Reihe von Ideen und Sätzen, selbst solche, die sich nicht unmittelbar auf seinen Gegenstand beziehen, zum Theil wörtlich daraus zu entlehnen, obgleich er das Buch selbst nur einmal (S. 326) und zwar auf ziemlich wegwerfende Weise erwähnt.

Zu den von Hrn. Tellkampf adoptirten Sätzen gehört auch der, welchen ich an die Spitze der ganzen Lehre gestellt habe, die compensatio sey nach römisch-rechtlicher Auffassung

> die Fiction, daß ein Gläubiger mit dem, was er dem debitor schuldet, sich selbst bezahlt habe [1]).

Grade dieser Satz ist indeß von dem Recensenten meiner Schrift (Fuhr, in Schunks Jahrbüchern, Bd. 27. S. 109—150 und S. 217—255) lebhaft bestritten worden. Wenigstens dürfe er, so behauptet Herr Fuhr (S. 115 a. a. O.), nicht als leitendes Princip bei dieser Lehre behandelt werden, vielmehr sey die Compensation so aufzufassen,

> daß der Schuldner den Gläubiger durch Aufgeben seiner Gegenforderung bezahlt mache.

Wie wichtig es sey, ob man von der einen oder der andern dieser Ansichten ausgehe, springt in die Augen. Auch wird dies von Hrn. Fuhr nicht verkannt, indem er S. 114 bemerkt, jene Fiction der Selbstzahlung führe gewissermaßen ganz von selbst auf die Vorstellung, daß das Gesetz annehme, der Schuldner werde stets lieber durch Anweisung an den Gläubiger, als durch Baarzahlung zahlen, und daß es daher den Gläubiger verpflichte, sich auch ohne eine Erklärung des Schuldners mit demjenigen, was er selbst schuldet, ohne Weiteres für bezahlt zu erachten; daß hiernach die Compensation sofort mit der Coexistenz compensabler Gegenforderungen von

---

1) Auch in Weiske's Rechtslexicon Compensation (v. Heimbach) S. 723. und in Unterholzner's Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. I. S. 548. ist dieser Satz übergegangen.

ſelbſt (ipso jure in d. S.) eintrete; daß dagegen die zweite obiger Anſichten nothwendig zu der Vorſtellung hinleite, erſt mit dem Momente, wo der Schuldner compenſiren zu wollen erklärt hat, trete die Compenſation ein, und ſey ſie einmal unterlaſſen, ſo könne davon weiter keine Rede ſeyn (S. 117).

Ich enthalte mich einer ausführlichen Entwickelung der Argumente, welche grade dieſer letzteren Vorſtellungsweiſe entgegenſtehen [2]), nnd bemerke in dieſer Hinſicht nur beiläufig, daß dieſelbe mit den ausdrücklichen geſetzlichen Beſtimmungen über die durch comp. herbeigeführte Unterbrechung des Zinſenlaufs u. a. m. nur durch die Annahme einer vis retrotractiva jener Erklärung, wovon aber die Quellen nicht die leiſeſte Andeutung enthalten; mit der conditio indebiti aber, welche die Geſetze bei unterlaſſener Compenſation geſtatten, gar nicht zu vereinigen iſt.

Dagegen will ich verſuchen, die von mir aufgeſtellte Anſicht näher zu entwickeln, und gegen die dawider geltend gemachten Einwendungen zu vertheidigen.

Daß die compensatio von den römiſchen Juriſten als eine Art Zahlung gedacht wird, darf als allgemein zugeſtanden betrachtet werden. Auch liegt dies ſchon in der Definition der comp. als einer debiti et crediti inter se contributio, ja ſelbſt in dem Namen derſelben, und endlich ſagt ja L. 4. C. h. t. ausdrücklich: ipso jure pro soluto compensationem haberi.

Nun iſt aber das Aufgeben einer Forderung keine Zahlung. Wäre der Grund der liberatio bei der comp. in einer fingirten Aufgebung der Gegenforderung zu ſuchen, ſo würde die comp. eher als debiti et crediti tacita remissio definirt worden ſeyn. Soll die comp. durch eine fingirte Bezahlung beider Forderungen vermittelt werden, ſo kann dies nicht anders geſchehen, als daß der Schuldner der einen als

2) Sie iſt enthalten in meiner Lehre von den Comp. §. 24 und 25.

der Bezahler der andern gedacht wird, oder mit andern Worten, daß jeder der beiden Gläubiger, als Schuldner gedacht, sich selbst bezahlt. Ich habe diese Vorstellungsweise als eine natürliche bezeichnet, weil sie in der That aus der Natur der Sache hervorgeht, und habe mich dafür auf die Analogie der traditio brevi manu, bei welcher ebenfalls derjenige, auf den die possessio übergehen soll (der Gläubiger) im Auftrage des bisherigen possessor sich selbst tradirt, so wie auf das Bild zweier ängstlich genauer Familienväter berufen, von denen Jeder eine besondere Kasse für die laufenden Einnahmen hat. Soll unter ihnen compensatio eintreten, so wird Jeder die zu compensirende Summe aus der für die Ausgabe bestimmten Kasse herausnehmen, und in die für die Einnahme bestimmte Kasse hineinlegen, also in der That sich selbst zahlen müssen. Man kann sich aber auch die Sache noch auf andere Weise veranschaulichen, indem man zwischen die beiden Gegengläubiger eine Mittelsperson einschiebt. Denken wir uns: A schuldet dem B 1000 Thlr. und B schuldet dem C 1000 Thlr. Sollen hier beide Forderungen auf möglichst kurzem Wege (brevi manu) getilgt werden, so wird A, der Schuldner der einen, an C, den Gläubiger der andern, zahlen müssen. Nun fallen aber bei der compensatio A und C in Eine Person zusammen, folglich muß A an sich sich selbst zahlen. Auch ist diese Vorstellung von der comp. als einer Selbstzahlung, keineswegs dem römischen Rechte eigenthümlich. Bei dem Wechselaccept zum Zwecke der Compensation (S. Treitschke Encycl. d. Wechselr. v. Acceptation §. 24.) findet sie sich in der Formel: accepté pour payer à moi-même, ebenfalls wieder.

Daß nun aber diese Vorstellung in der That die echt römische sey, glaube ich zunächst aus L. 96. §. 3. de solutt. 46. 3. entnehmen zu dürfen, einer Stelle, welche zugleich über die Frage, wie die Römer zu dieser Vorstellungsweise gekommen seyen, einigen Aufschluß giebt. Bevor ich jedoch zur Erklärung dieser Stelle — welche zunächst vom Pfandrechte

handelt — übergehe, wird es nöthig seyn, zu untersuchen, in welcher Verbindung überhaupt die **compensatio** mit dem Pfandrechte stehe. Manche haben im Allgemeinen **compensatio** und Pfandrecht als Mittel, sich die Bezahlung einer Forderung zu sichern, mit einander zusammengestellt [3]). Das vermittelnde Glied zwischen beiden soll die **retentio** bilden. Allein es bedarf wohl keines ausführlichen Nachweises, daß diese Zusammenstellung eine höchst willkürliche ist. Zwar läßt sich eine gewisse Verwandtschaft der **retentio** mit der **compensatio** auf der einen und mit dem **pignus** auf der andern Seite nicht in Abrede stellen. Allein die Verwandtschaft gründet sich bei dem Einen dieser Rechtsbegriffe grade auf das, worin sie (die **retentio**) von dem Andern verschieden ist. Die **comp.** ist kein Sicherungsmittel für eine zukünftige Zahlung, sie bewirkt die Zahlung selbst, und tritt in der Gegenwart an deren Stelle. Indeß muß doch wohl, auch nach der Ansicht der römischen Juristen, die **comp.** mit dem **pignus** in einem gewissen Zusammenhange stehen, da Paulus in s. **sent. receptae ad filium** die **compensatio** im Titel **de pignoribus** (**Lib. II. tit. V.**) abgehandelt hat. Ich denke mir diesen Zusammenhang so:

Wenn der Gläubiger durch die von ihm (und zwar in älterer Zeit gewiß immer **privatim**) vorgenommene **distractio pignoris** mehr bekommt, als die Pfandschuld beträgt, so hat er dieses **superfluum** an und für sich dem Schuldner zurückzugeben. Wie aber, wenn er an denselben noch mehr, außer der Pfandschuld, zu fordern hätte? Das noch nicht veräußerte Pfand durfte er ihm deßhalb nicht vorenthalten, wenn nur die Pfandschuld selbst von dem Schuldner gedeckt wurde, denn diese **retentio pignoris ob chirographarium debitum** wurde erst von Gordian eingeführt. Allein wenn es nun

---

3) Glück Comment. Bd. XV. S. 117 und nach dessen Vorgange Sintenis Pfandrecht S. 21.

der Schuldner wirklich hätte zur **distractio** kommen lassen, und der Gläubiger hierdurch Geld in die Hände bekam, welches zur Deckung seiner sämmtlichen Forderungen ausreichte, durfte er sich dennoch bloß wegen der Pfandschuld bezahlt machen? mußte er die **hyperocha** abliefern, und seine weiteren Forderungen besonders einklagen?

Er mußte dies ohne Zweifel, so lange im römischen Rechte der Grundsatz galt, daß die **comp.** Gegenforderungen **ex pari causa** voraussetze. Sobald aber die Regel: **Compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur**, anerkannt war, konnte den Pfandgläubiger, der mehr zu fordern hatte, als die **hyperocha** betrug, nicht mehr zur Herausgabe der letzteren gezwungen werden, gesetzt auch, daß zu dieser Zeit eine eigentliche formelle **exceptio** wegen der **compensatio** noch nicht ertheilt worden sey. Denn die **actio pignoratitia**, — und diese ist die alleinige Klage, mittels deren die **hyperocha** eingeklagt werden kann, **L. ult. C. de distr. pign.** — gehört zu den **bonae fidei judiciis**, in denen es zum **officio judiciis** gehört, jede compensable Gegenforderung abzuziehen; hier aber stehen sich in der That compensable Gegenansprüche — einerseits die **actio pignoritia** und Rückgabe der **hyperocha** (einer **quantitas**), andrerseits die chirographarische Forderung des Pfandgläubigers, entgegen. Ich bin sehr geneigt, zu glauben, daß gerade durch dieses Verhältniß die Ausdehnung der **comp.** auf Gegenforderungen **ex dispari causa** herbeigeführt worden sey. Denn gerade hier mußte es dem gesunden Rechtsgefühle besonders hart erscheinen, daß der Gläubiger, der gewissermaßen schon das Geld seines Schuldners in Händen hatte, es wieder hergeben und mit seiner Forderung das leere Nachsehen haben solle. Für diesen historischen Zusammenhang dürfte es nicht wenig sprechen, daß **Paulus** grade den Titel **de pignoribus** gewählt hat, um seinem Sohne den Satz: **Comp. debiti ex pari specie et causa dispari admittitur**, deutlich zu machen. Durch diese Ausdehnung auf **debita ex causa**

dispari erhielt aber die **compensatio** erſt recht ihre Wichtigkeit im römiſchen Rechte. Nun erſt entſtand das Bedürfniß, über dieſen Rechtsbegriff genauer nachzudenken, und ihn ſelbſtſtändig auszubilden, während früher die **compensatio** faſt ganz in der **retentio** aufging. Natürlich daher, daß man bei der wiſſenſchaftlichen Ausbildung der **compensatio** diejenige Auffaſſung zum Grunde legte, vermittels deren ſie jene größere Wichtigkeit eben erlangt hatte und zum ſelbſtſtändigen Rechtsbegriffe geworden war. Dies iſt aber die Auffaſſung der **comp.** als *Selbſtzahlung*, denn von dem Pfandgläubiger hat man von jeher keine andere Vorſtellung gehabt, als daß er, nach der **distractio pignoris**, mit dem Erlöſe *ſich ſelbſt bezahlt mache*. **L. 101. §. 1. de solutt.**

Wie aber, wenn die Sache mehreren Gläubigern verpfändet war, durfte auch dann der erſte Pfandgläubiger nach erfolgter **distractio pignoris** von der **conditio compensandi** Gebrauch machen, um ſich, zum Nachtheile der übrigen Pfandgläubiger wegen einer chirographariſchen oder doch nachſtehenden Forderung bezahlt zu machen? Erwägt man, daß eigentlich nur das erſte Pfandrecht als ein wahres und vollkommenes Pfandrecht von den Römern betrachtet wird; daß es vom zweiten Pfandgläubiger heißt: **omnino nihil aliud juris habet, nisi ut solvat priori et loco ejus succedat**; daß endlich durch **distractio pignoris** jedes ſpätere Pfandrecht erliſcht, ſo ſollte man allerdings glauben, daß der nachſtehende Pfandgläubiger, der ſich des **jus offerendi** nicht bedient, und es zur **distractio pignoris** hat kommen laſſen, auch auf die **hyperocha** keinen Anſpruch machen könne. Allein dieſe Conſequenz wäre allerdings eine Härte gegen den zweiten Pfandgläubiger, der denn doch nimmer ein wirkliches, wenn auch nur eventuelles Pfandrecht voraus hat. Hier finden wir daher die ausdrückliche Beſtimmung, daß die **hyperocha** an den zweiten Pfandgläubiger herauszugeben ſey [4]),

4) L. 12. §. 5. D. qui potiores in pignore. 20. 4.

womit es genau correspondirt, daß auch die von Gordian eingeführte **retentio pignoris propter pecuniam chirographi.** gegen den nachstehenden Pfandgläubiger nicht geltend gemacht werden kann. Diese Rücksichten der Billigkeit traten aber nicht ein, wenn zwar eine mehrfache Verpfändung, aber nicht an zwei verschiedene, sondern an einen und denselben Gläubiger stattgefunden hatte. Hier konnte man unbedenklich die Consequenzen des Satzes, daß nur die erste Pfandschuld eine wahre Pfandschuld ist, und daß mit der **distractio pignoris** durch den ersten Pfandgläubiger jedes spätere Pfandrecht erlischt, in ihrer ganzen Strenge aussprechen. Sie bestehe darin, daß die erste Pfandschuld **ipso jure** getilgt wird, und zwischen der zweiten Pfandschuld und dem Anspruche des Schuldners auf die **hyperocha** Compensation eintritt. Dies ist es, was die oballegirte **L. 96. §. 3. d. solutt** ganz unzweideutig in folgenden Worten ausspricht: **Quodsi temporibus discretis superfluum pignoris obligari placuit, prius debitum pretio pignorum jure (i. e. ipso jure) solvetur, secundum superfluo compensabitur.**

Wir dürfen daher wohl in dieser Stelle die Bestätigung dessen finden, daß das Verhältniß des Pfandgläubigers, der außer der Pfandschuld noch andere Posten zu fordern hat, zu dem die **hyperocha** verlangenden Pfandschuldner von den römischen Juristen wirklich unter den Gesichtspunkt der **compensatio** gebracht [5]), mithin aber auch umgekehrt die **compensatio** unter derjenigen Form aufgefaßt worden sey, welche bei dem die **hyperocha** zu seiner Befriedigung verwendenden Pfandgläubiger so ganz nahe liegt, nämlich, unter der einer **Selbstzahlung.**

---

5) **Unterholzner** a. a. O. S. 563. betrachtet die Befreiung des Pfandschuldners überhaupt als eine Folge der conditio compensandi, allein ohne sich für diese Ansicht auf Quellenzeugnisse berufen zu können. Das: **jure** solvetur in der L. 96. cit. widerspricht ihr sogar.

Allein auch dieſe Selbſtzahlung läßt ſich wieder auf verſchiedene Weiſe auffaſſen, je nachdem bei Geltendmachung der **compensatio** (bei der **exceptio compensationis**) zunächſt der Kläger oder der Beklagte als der ſich ſelbſt Zahlende gedacht wird. Letzteren Falles müſſe man ſich die Sache ſo vorſtellen, daß das Geſetz dem Beklagten geſtatte, das, was er dem Kläger ſchuldet, zu ſeiner eigenen Befriedigung zu verwenden, und um deswillen die Bezahlung der geklagten Schuld abzulehnen. Dieſe Vorſtellungsweiſe iſt es, auf welche die Analogie des ſich ſelbſt bezahlenden, und hiermit die **actio pignoratitia** elidirenden Pfandgläubigers zunächſt hinführt, und welche in den oben erwähnten Wechſelaccepten **pour payer à moi-même**, hervortritt. Sie könnte daher aus dieſen Geſichtspunkten als die natürlichere erſcheinen. Allein bei dieſer Vorſtellungsweiſe wird denn doch nimmer dasjenige, was man bei der **compensatio** beabſichtigt — Befreiung des Beklagten von einem unbilligen Anſpruche des Klägers — erſt auf einem Umwege erreicht. Der Beklagte wird liberirt, nicht, weil die Forderung des Klägers durch das in ſeinen Händen befindliche Geld getilgt erſcheint, ſondern, weil er ſelbſt, der Beklagte, berechtigt iſt, die geforderte Summe zu einem anderen Zwecke (zur Tilgung ſeiner eigenen Forderung, von deren Bezahlung zunächſt bei Vorſchützung der **cas. comp.** gar nicht die Rede iſt) zu verwenden, und weil er dies nicht könnte, wenn er den Kläger bezahlen müßte. Faßt man daher die **compensatio** ſelbſtſtändig in's Auge, und bringt damit die Idee einer Selbſtzahlung, unabhängig von dem erſten hiſtoriſchen Urſprunge dieſer Idee, in Verbindung, ſo erſcheint es weit einfacher, und daher natürlicher, wenn dem Beklagten geradezu geſtattet wird, den Kläger mit ſeiner Forderung auf ſich ſelbſt zurückzuweiſen, mithin, ſich auf eine in der Perſon des Klägers oder des Gläubigers vorgehende Selbſtzahlung zu berufen.

Auch dies läßt ſich aber wieder auf zwiefache Weiſe denken. Man kann ſich denken, daß der Beklagte durch Be-

rufung auf die compensatio dem Kläger gestatte, das, was er ihm schuldet, zu seiner Befriedigung zu verwenden, und daß daher der Kläger erst durch diese Gestattung (also durch die Vorschützung der compensatio, oder durch die Erklärung, compensiren zu wollen) zur Selbstzahlung berechtigt werde; man kann sich aber auch denken, daß das Gesetz jeden Gegengläubiger schon an sich berechtige und zugleich verpflichte, sich mit dem, was er selbst seinem Schuldner zu zahlen hätte, quoad summam concurrentem für bezahlt zu achten, und sich daher der Einforderung und Einklagung einer durch Gegenschuld gedeckten Forderung zu enthalten, wie er ja seinerseits ebenfalls gegen die Einklagung seiner Schuld durch die gleiche Verpflichtung des Gegners gedeckt ist.

Die erste dieser beiden letzteren Vorstellungsarten läuft, obwohl von der Idee einer Selbstzahlung, und zwar einer in der Person des Klägers vorgehenden Selbstzahlung ausgehend, ganz auf dieselben Resultate hinaus, wie die Vorstellung von der Bezahlung des Klägers durch ein Aufgeben der Gegenforderung. Es haben daher selbst die Anhänger der von Hrn. Fuhr vertheidigten Theorie keine Ursache, sich gegen jene Idee einer in der comp. liegenden Selbstzahlung zu wehren. Ebendeshalb hat aber auch diese Vorstellungsart, wenn man sie dem römischen Rechte unterlegen will, ganz dieselben passivrechtlichen Bedenken gegen sich, die ich oben beiläufig gegen die Theorie von dem Aufgeben der Gegenforderung geltend gemacht habe. Die letzte jener Vorstellungsarten ist es, welche ich mit dem Satze ausgedrückt habe: die comp. sey die Fiction, daß ein Gläubiger mit dem, was er dem debitor schuldet, sich selbst bezahlt habe, und die exceptio comp. sey das Recht des Schuldners, zu seiner Vertheidigung gegen das Verlangen der Zahlung zu behaupten, daß der Gläubiger mit demjenigen, was er ihm selbst schulde, bereits bezahlt sey.

Durchforschen wir nun unsere Rechtsquellen, um zu erfahren, welche von diesen Vorstellungsweisen dem römischen

Rechte entſpreche, ſo dürfen wir nicht erwarten, in denſelben eine ausführliche Entwickelung der einen oder der andern derſelben, oder auch nur die ausdrückliche Erklärung, daß die eine oder die andere Anſicht der Theorie von der compensatio zum Grunde liege, zu finden. Dies würde eine philoſophiſche Behandlung des Rechtes vorausſetzen, die den römiſchen Juriſten fremd iſt. Bei ihnen findet ſich zwar philoſophiſcher Geiſt und Takt, nicht aber philoſophiſche Methode. Ihre Lehrmethode iſt die praktiſch-dogmatiſche, bei welcher die philoſophiſchen Ideen, welche dem geltenden Rechte zum Grunde liegen, nur hier und da hervorblicken, oder auch lediglich durch Zurückſchließen aus den darauf gegründeten Folgeſätzen abſtrahirt werden müſſen.

Wir werden uns daher begnügen müſſen, wenn wir die eine oder die andere jener Vorſtellungen in unſeren Rechtsquellen angedeutet finden, und eine ſolche Andeutung habe ich in zweien von mir angeführten Pandektenſtellen, von Papius an und Ulpian, alſo von zweien der namhafteſten römiſchen Juriſten herrührend, zu entdecken geglaubt.

Die erſte dieſer Stellen iſt **L. 95. §. 8. de solutt. 46, 3.**

> **Si creditor debitoris hereditatem ad se non pertinentem possedit, et tantum ad eum pervenit, quantum, si quilibet alius bonorum possessor ei solvisset, liberaret heredem, non potest dici, fidejussores liberari. Neque enim ipsum sibi solvisse credendum est, a quo hereditas evincitur.**

Der Fall, von welchem hier gehandelt wird, iſt folgender. Der Gläubiger **A** iſt ohne genügenden Rechtsgrund, jedoch **bona fide** (wenigſtens deutet in dem Fragmente ſelbſt nichts auf eine **mala fides** hin) in den Beſitz der Erbſchaft ſeines Schuldners **B** gekommen, und hat aus derſelben ſo viel in ſeinen Nutzen verwendet, als ſeine Forderung betrug. Es entſteht die Frage, ob hierdurch die Bürgen des **B** frei werden? Dieſe Frage hängt davon ab, ob dem **bonae fidei**

possessor die compensatio gegen die Erbschaftsklage gestattet ist. Denn ist sie dies, so muß auch den Erben des B gestattet seyn, sich gegen die Schuldklage des Erbschaftsbesitzers auf compensatio zu berufen. Ist aber der Hauptschuldner durch compensatio befreit, so kommt diese Befreiung auch dem Bürgen zu Statten, denn der Bürge kann sich auf die dem Hauptschuldner zustehende exceptio compensationis berufen. Papinian nun verneint diese Fragen, spricht mithin dem Bürgen die exceptio compensationis ab, und thut dies mit den Worten: neque enim ipsum sibi solvisse credendum est, a quo hereditas evincitur; „sie können gegen den Gläubiger nicht behaupten, er habe sich selbst bezahlt." Hiermit ist doch wohl bestimmt genug angedeutet, daß die exceptio compensationis in der Behauptung, daß der Gläubiger sich selbst bezahlt habe, bestehe.

Zweierlei ist gegen diese Argumentation eingewendet worden [6]), nämlich 1. die Stelle sage nur dies: der bonae fidei possessor dürfe, wenn er auch andere Erbschaftsgläubiger rechtsbeständig bezahlen könne, sich selbst aus der Erbschaft nicht bezahlt machen, und 2. es werde hier das Selbstzahlen grade auf den bezogen, den sich der Jurist in dem vorliegenden Falle als den Schuldner denke. Der erste dieser Einwände könnte nur gelten, wenn in dem Fragmente vorausgesetzt würde, daß der Erbschaftsbesitzer in der Idee, sich bezahlt zu machen (animo solvendi) einen Theil der Erbschaft für sich verwendet habe. Denn nur dann würde der Bürge sich darauf berufen können, daß der Fall demjenigen, wo ein andrer Erbschaftsgläubiger bezahlt worden, gleich stehe. Allein es wird nur vorausgesetzt, daß tantum, quantum, si quilibet alius bonorum possessor (d. i. ein Erbschaftsbesitzer, der nicht zugleich Gläubiger ist) ei solvisset, liberaret heredem, ad eum pervenit, also daß er auf

6) Fuhr a. a. O. S. 115.

irgend eine Weiſe, und wohl am wenigſten in der Abſicht, ſich wegen ſeiner Forderung bezahlt zu machen, ſo viel, als ſeine Forderung beträgt, aus der Erbſchaft conſumirt habe, und dennoch entſteht die (von dem Juriſten verneinte) Frage, ob nicht zu ihm geſagt werden könne: **ipsum sibi solvisse**, mithin, ob nicht in ſeiner Perſon eine fingirte, keine wirkliche Selbſtzahlung angenommen werden müſſe. Der zweite Einwand hat einigen Schein für ſich, weil die Entſcheidung der Hauptfrage allerdings zuletzt und hauptſächlich davon abhängt, ob der Erbſchaftsbeſitzer ſelbſt, als Beklagter gedacht, ſich auf **compensatio** berufen könne, und weil grade dieſe Frage beſtritten war [7]). Allein demungeachtet muß hier die Fiction der Selbſtzahlung auf die Perſon des Klägers bezogen werden, da es ſich zunächſt davon handelt, ob der Bürge des **defunctus** befreit ſey, dieſe Frage aber nur dann entſtehen könnte, wenn dieſer Bürge von dem Erbſchaftsbeſitzer in Anſpruch genommen würde.

Noch deutlicher iſt die zweite der von mir citirten Stellen, **L. 31. §. 1. de heredit. petitione 5, 3:**

> **Sed si ipsi praedoni (d. i. malae fidei possessori hereditatis) aliquid debebatur, hoc deducere non debebit, maxime si id fuerit debitum, quod natura debebatur. Quid tamen si expediat petitori, id debitum esse dissolutum, propter poenam, vel aliam causam? Potest dici, ipsum sibi solvisse, vel debuisse solvere.**

Es iſt hier wieder zunächſt von der Frage die Rede, ob der **malae fidei possessor** einer Erbſchaft, auf Herausgabe derſelben belangt, ſich wegen ſeiner Gegenforderungen auf **compensatio gegen den Erben** berufen dürfe.

Ulpian ſpricht dem **m. f. possessor** dieſe Befugniß ab, während er ſie dem **bonae fidei possessor** in den gleich darauf folgenden Worten: **Justus autem possessor dubio**

---

7) Vgl. **L. 21. § 1. de inoffic. testam. 5, 2.**

procul debet deducere, quod sibi debetur, zugesteht. Allein in dem zweiten Theile der obausgehobenen Stelle geht der Jurist zu einer zweiten Frage über, bei welcher offenbar das Verhältniß der Parteien, welche hier als Gegner gedacht werden, sich umkehrt, nämlich zu der Frage, ob auch der Erbe sich gegen den m. f. **possessor** nicht auf Compensation berufen könne, wenn er selbst an der Tilgung der fraglichen Schuld ein Interesse hat. Der Jurist gestattet ihm dies mit den Worten: **potest dici, ipsum sibi solvisse, vel debuisse solvere.** Zwar wird hier der Erbe als **petitor** bezeichnet, allein demungeachtet kann man nicht sagen, daß diese Stelle das „Selbstzahlen" grade auf den beziehe, den sie sich im vorliegenden Falle als Schuldner denke. Denn in Hinsicht auf diejenige Forderung, von welcher gesagt wird, daß sie als durch Zahlung getilgt angesehen werden solle, ist der Erbe der Schuldner, und das **ipsum** kann dem Zusammenhange nach auf Niemanden anders bezogen werden, als auf den Erbschaftsbesitzer als Gläubiger dieser Forderung. Will man sich das Verhältniß der Parteien processualisch veranschaulichen, so kann man es nur so denken: **A** verklagt den **B** auf Herausgabe der Erbschaft. **B** macht **excipiendo** eine Gegenforderuung sammt der deßhalb verwirkten Conventionalstrafe geltend; **B** replicirt, daß diese Forderung durch **compensatio** getilgt sey, indem der Beklagte in diesem Falle sich selbst habe bezahlt machen müssen. Immer erscheint also die **exceptio** (hier **exceptio exceptionis s. replicatio**) **compensationis** unter der Form: **creditorem sibi solvisse.**

Man könnte jedoch aus dem Umstande, daß diese beiden Stellen grade von dem Verhältnisse des Erbschaftsbesitzers zum Erben handeln, einen Einwand anderer Art herleiten. Man könnte anführen: da der Erbe in der Regel gehalten sey, die von dem Erbschaftsbesitzer an andere Erbschaftsgläubiger geleisteten Zahlungen anzuerkennen, ein Satz, der in dem ersten der allegirten Fragmente grade als **ratio dubi-**

tandi angeführt wird, so habe es grade hier besonders nahe gelegen, auch dasjenige, was der Erbschaftsbesitzer, der zugleich Gläubiger des Erblassers war, in seinen eigenen Nutzen verwendet hat, als Bezahlung einer Erbschaftsschuld, mithin als eine Selbstzahlung aufzufassen, und man sey daher, wenn auch das Verhältniß der Parteien hier unten den Gesichtspunkt der compensatio gestellt werden könne, doch nicht berechtigt, anzunehmen, daß der Jurist hier an compensatio gedacht und die Fiction der Selbstzahlung grade mit dem Rechtsbegriffe der compensatio in Verbindung gebracht habe. Es scheint dies in der That der Einwand zu seyn, welchen Hr. Fuhr bei seiner Gegenargumentation im Sinne gehabt und nur nicht ganz deutlich ausgesprochen hat. Allein auch dieser Einwand findet durch die L. 31. cit. seine Erledigung. Zuvörderst ist hier von einem deducere die Rede, das, wenn auch nicht als terminus technicus, in der Regel eine die Gegenforderung nicht völlig erschöpfende compensatio bezeichnet. Auch das deutet auf diesen Rechtsbegriff hin, daß der Jurist die Abrechnung ganz besonders bei einem debitum naturale für unbillig erklärt. Denn grade bei der compensatio gilt ja die Regel: etiam quod natura debetur, venit in compensationem. Endlich konnte grade in der L. 31. cit. aus dem Verhältnisse des Erbschaftsbesitzers als solcher die Idee der Selbstzahlung gar nicht hergeleitet werden. Denn die vom malae fidei possessor geleisteten Zahlungen braucht der Erbe nicht unbedingt anzuerkennen. Ihm spricht ja Ulpian das Recht, sich selbst wirklich zu zahlen, gradezu ab. Wenn also dennoch in einem gewissen Falle zu ihm gesagt werden kann: ipsum sibi solvisse, vel debuisse solvere, so muß der Grund hiezu in einem andern Verhältnisse gesucht werden, und dieses andre Verhältniß kann nur in der conditio compensandi beruhen. War man gewohnt, die exceptio compensationis als die Behauptung: creditorem sibi solvisse vel debuisse solvere, aufzufassen, so war

es natürlich, daß Ulpian ſich dieſer Auffaſſung auch hier bediente, um dem Erben das Compenſationsrecht gegen den malae fidei possessor zuzuſprechen, wenn gleich dieſe Auffaſſung grade auf dieſes eigenthümliche Verhältniß weniger paßte. Wir dürfen alſo wohl in den allegirten Fragmentenſtellen eine Andeutung finden, daß das römiſche Recht die comp. als die Fiction einer Selbſtzahlung des Gläubigers betrachte, daß es den Gläubiger ohne Weiteres verpflichte, ſich mit dem, was er dem Schuldner ſelbſt ſchuldet, für bezahlt zu achten, und daß es daher dem compenſirenden Beklagten überhaupt geſtatte zu behaupten: creditorem sibi ipsum solvisse, vel debuisse solvere.

IV.

Dogmengeſchichtliche Darſtellung der Lehre von der Lex commissoria beim Pfandrechte.

Von

Hrn. Geh. Hofrath **L. A. Warnkönig** in Freiburg.

(Fortſetzung des Aufſatzes Nr. II. im vorigen Hefte.)

§. 15. Welche ſind die Wirkungen eines eidlich bekräftigten commiſſoriſchen Vertrags bei Verpfändungen?

Es iſt im §. 2. gemeldet worden, daß im c. 7. X. 3. 21 (de pignoribus) eine Rechtsfrage über eine eidlich bekräftigte Lex commissoria entſchieden, und daß die wichtige Frage: ob der Verſprechungseid den commiſſoriſchen Vertrag gültig mache, aus jener Stelle bald bejaht, bald verneint